

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR

CAMPUS CACOAL

DEPARTAMENTO DO CURSO DE DIREITO

**PREGÃO PRESENCIAL: INOVAÇÃO LICITÁTORIA E ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

Rosineide Kempim

**CACOAL/RO
2008**

ROSINEIDE KEMPIM

**PREGÃO PRESENCIAL: INOVAÇÃO LICITÁTORIA E ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de bacharelado em
Direito da Fundação Universidade Federal de
Rondônia – UNIR, *Campus* Cacoal sob
orientação do Professor Especialista Silvério
dos Santos Oliveira.

**CACOAL/RO
2008**

KEMPIM, R.

Pregão Presencial: Inovação licitatória e aspectos controvertidos

Rosineide Kempim – 2008

Vii, 66 f., enc.; 30 cm

Monografia – Fundação Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Cacoal, 2008.

Bibliografia: f. 65 – 6.

I – Título

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR ORIENTADOR

A acadêmica **Rosineide Kempim**, desenvolveu o Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas, sobre o tema: **PREGÃO PRESENCIAL: INOVAÇÃO LICITATÓRIA E ASPECTOS CONTROVERTIDOS**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, *Campus* Cacoal/RO.

O acompanhamento foi efetivo por este Orientador e o desenvolvimento do trabalho observou os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim, a acadêmica está apta à apresentação expositiva de sua Monografia junto à Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 14 de Março de 2008.

Silvério dos Santos Oliveira
Orientador

ROSINEIDE KEMPIM

**PREGÃO PRESENCIAL: INOVAÇÃO LICITATÓRIA E ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

AVALIADORES:

Professor Silvério dos Santos Oliveira	-	Nota
Professor Fabio Henrique da Silva	-	Nota
Professor Nilton Ladislau	-	Nota

Média

Cacoal –RO

2008

Dedico esta monografia primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível e não estaria vencendo mais esta importante etapa da minha vida.

À minha família, especialmente meu esposo Flavio pelo apoio e incentivo.

Ao meu filhinho Gabriel que me concede tantas alegrias;

Aos professores pela colaboração.

Enfim, a todas as pessoas que fizeram parte desta caminhada.

Agradeço a Deus, Pai de infinita bondade e sabedoria, pelas dádivas por mim recebidas, em especial, as enriquecedoras lições que Ele vai escrevendo no livro da minha vida.

À minha família, sempre presente, amparando-me nos momentos turbulentos, reerguendo-me nas vicissitudes, incentivando-me às conquistas e ao sucesso pessoal e profissional;

A todos os Professores da UNIR e, especialmente o Professor Silvério dos Santos Oliveira pelo tempo e apoio dedicados na orientação desse trabalho.

Deus nos concede, a cada dia, uma página de vida nova no livro do tempo. Aquilo que colocamos nela corre por nossa conta.

Chico Xavier.

RESUMO

A modalidade de licitação Pregão é um leilão ao contrário, onde, ao invés de bater o martelo pelo maior preço, o leiloeiro (Administração Pública) é quem deseja comprar e pelo menor preço possível. Há uma acirrada disputa entre os participantes, os quais oferecem preços cada vez menores para os produtos ou serviços que desejam fornecer. O pregão presta-se à aquisição de bens e contratação de serviços comuns, assim considerados aqueles que bens ou serviços disponíveis no mercado e que a classificação não requer apuração técnica, pelo órgão ou entidade promotora da licitação. O rito é célere ante a inversão das fases licitatórias, sob a condução do pregoeiro e de sua equipe de apoio, no intuito de se obter a proposta mais vantajosa aos cofres públicos, ou seja, a de menor preço.

Palavras-chave: Pregão. Inovação licitatória. Aspectos controvertidos.

ABSTRACT

The method of bidding floor is unlike an auction, where, instead of hitting the hammer at the higher price, the seller (Public Administration) is who want to buy and at the lowest price possible. There is a fierce dispute between the participants, which offer ever lower prices for the products or services they wish to provide. The floor lends itself to the purchase of goods and provision of services, or common, thus considered those goods or services available on the market and that the classification does not require technical assessment, the body or a promoter of the bidding. The rite is quickly before the inversion of the stages the process of bidding under the driver's seller and his support team in order to get the most advantageous proposal to the public coffers, ie the lower price.

Key-words: *bidding floor*, innovation process bidding, controversial aspects.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PREGÃO	16
2.1 BREVE HISTÓRICO	18
2.2 CONCEITO	20
2.3 PECULIARIDADE	21
3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO PREGÃO	23
3.1 PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO	24
3.1.1 Princípio da legalidade	24
3.1.3 Princípio da impessoalidade	25
3.1.4 Princípio da moralidade	25
3.1.5 Princípio da publicidade	25
3.1.6 Princípio da eficiência	26
3.2 OUTROS PRINCÍPIOS PERTINENTES	27
3.2.1 Princípio da vinculação ao ato convocatório	27
3.2.2 Princípio do julgamento objetivo	27
3.2.3 Princípio da finalidade	27
3.2.4 Princípio da razoabilidade	28
3.2.5 Princípio da proporcionalidade	28
3.2.6 Princípio da competitividade	28
3.2.7 Princípio do justo preço	28
3.2.8 Princípio da seletividade	29
3.2.9 Princípio da comparação objetiva das propostas	29
3.2.10 Princípio da probidade administrativa	29
3.2.11 Princípio da celeridade	29
4. OBJETO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	30
4.1 CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS (DECRETO Nº. 3.555/00)	32

4.2 IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO	33
5. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL DO PREGÃO	35
5.1 FASE INTERNA OU PREPARATÓRIA	36
5.1.3 O pregoeiro e suas atribuições	38
5.1.4 Equipe de apoio	39
5.1.5 O edital	40
5.2 FASE EXTERNA	42
5.2.1 Sessão pública	42
5.2.2 Fase inicial	43
5.2.3 Fase de julgamento	44
5.2.4 Inversão das fases	44
5.2.5 Conformidade	45
5.2.6 Classificação dos licitantes de melhor oferta	45
5.2.7 Lances verbais	45
5.2.8 Dinâmica de lances verbais	46
5.2.9 Aceitabilidade e exame do valor ofertado	47
5.2.10 Inexeqüibilidade da oferta	47
5.2.11 Negociação do pregoeiro	48
5.2.12 Falta de proposta classificada como aceitável	48
5.2.13 Fase de habilitação	49
5.2.14 Fase recursal	50
5.2.15 Fase de adjudicação	51
5.2.16 Fase de homologação	52
5.3 VALIDADE DAS PROPOSTAS COMERCIAIS	53
5.4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	53
6. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PREGÃO	55
6.1 A FIGURA DO PREGOEIRO	55
6.2 RECURSO ADMINISTRATIVO	58
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	65

1. INTRODUÇÃO

A contratação pela Administração Pública será precedida de obrigatória licitação orientada tanto pelos princípios constitucionais quanto pelos princípios próprios dos procedimentos administrativos, visando ao pleno atendimento ao interesse público, consoante determina a Constituição Federal em seu art. 37, inc. XXI.

A Lei n. 8.666/93 (com posteriores alterações), norma geral de licitação para observância da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, relaciona as modalidades licitatórias a serem adotadas, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, estabelecendo-lhes a aplicabilidade e procedimentos.

A União, através da Medida Provisória nº. 2.026/2000 e reedições, instituiu a modalidade pregão visando a aquisição de bens e/ou contratação de serviços comuns. Transformada na Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, que estendeu a sua aplicação para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que devem, no entanto, regulamentar a modalidade por legislação própria.

O presente estudo não se voltará à análise das modalidades licitatórias constantes da Lei n. 8.666/93, reportar-se-á a elas quando pertinente e necessário em face da aplicação subsidiária desse diploma legal à Lei do pregão, uma vez que o foco de abordagem, de forma didática e clara, será a nova modalidade de licitação – pregão, analisando a partir de sua estrutura procedimental de caráter inovador alguns aspectos controvertidos.

O pregão diferencia-se substancialmente das demais modalidades licitatórias previstas na Lei n. 8.666/93 no que tange aos aspectos procedimentais; quais sejam: a inversão das fases de habilitação e de julgamento, antecedendo esta última à primeira, a disputa travada entre os licitantes por intermédio de lances verbais sucessivos e a unicidade de sua fase recursal.

Acrescente-se, também, sua marcante contribuição à necessária transparência do certame licitatório, a comprovada celeridade procedimental e a almejada economicidade, viabilizando uma contratação mais benéfica à Administração Pública.

Registre-se que a Lei n. 10.520/02 instituiu duas formas de realização do pregão: a presencial e a eletrônica. Nesta há a utilização dos recursos da tecnologia de informação, sendo os atos praticados em um ambiente virtual, por meio da *Internet*; e, naquela, a licitação se realiza nos moldes tradicionais, isto é, a abertura dos envelopes de propostas e de habilitação, ocorrem em sessão pública convocada previamente, em que a presença física dos participantes (pregoeiro, membros da equipe de apoio e licitantes) é imprescindível.

Ressalte-se que todo o trabalho monográfico se restringirá à modalidade de licitação – pregão, mais especificamente o pregão presencial, sendo utilizada no desenrolar da decorrente análise a palavra pregão, referindo-se ao pregão presencial.

Por oportuno, a opção pelo tema pregão presencial reflete o interesse pessoal em reavivar e ampliar conhecimentos atinentes a procedimentos licitatórios.

O presente estudo foi dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo será dedicado à contextualização do pregão, abarcando comentários referentes ao histórico, conceito e peculiaridades.

O segundo capítulo versará sobre os princípios jurídicos inerentes ao pregão, ratificando seu relevante papel no âmbito licitatório.

O terceiro capítulo abordará o objeto do pregão – a aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública, caracterizando sua natureza e especificidades pertinentes.

O quarto capítulo traçará a estrutura procedimental do pregão decorrente da Lei n. 10.520/02, explicitando as características inovadoras desse procedimento licitatório.

O quinto capítulo analisará aspectos controvertidos do pregão, enfocando a figura do pregoeiro e a via recursal.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PREGÃO

A obrigatoriedade de licitação para as contratações efetivadas pela Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encontra-se prevista no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal¹, *in verbis*:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Com a edição, pela União, da Lei n. 8.666, em 21 de junho de 1993, deu-se a uniformização dos procedimentos licitatórios, propiciando aquisições governamentais pautadas em procedimentos e mecanismos mais eficientes.

Com o passar do tempo, pela aplicação prática de tal lei, revelou-se a necessidade de que fosse aprimorada, consoante afirma Scarpinella²:

A rigidez da Lei 8.666 – antes elogiada, pela moralização procedida nos procedimentos licitatórios – passou a ser considerada um fator de engessamento das contratações governamentais, ao tratar com rigor demasiado um universo de situações que demandavam tratamento legislativo diferenciado.

[...]

É dizer, há um único procedimento-padrão válido para os mais diversos tipos de contratações.

¹ MORAES, Alexandre de (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 73

² SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

A reformulação parcial do procedimento licitatório, pelo Governo Federal, deu-se por meio da instituição do pregão, uma nova modalidade licitatória, a qual visou propiciar maior competitividade, nítida ampliação participativa nas licitações, menor burocracia e marcante celeridade contratual, redundando em significativa redução de custos nas contratações.

Por modalidade de licitação, devemos entender como o procedimento a ser adotado pela Administração Pública nas suas aquisições ou contratações de serviços. Difere uma modalidade da outra a maior ou menor formalidade, como o que se observa na concorrência e no convite. As modalidades de licitação podem ser classificadas em *comuns* ou *especiais*. Comuns são aquelas destinadas a aquisição de bens e/ou contratação de serviços não especializados, são comuns: a concorrência, a tomada de preços, o convite (todas na Lei nº 8.666/93), e o pregão (na Lei nº 10.520/02). Especiais são as modalidades do leilão e concurso. Aquela destinada a alienação de bens públicos; enquanto o concurso se destina a contratação de serviços técnicos, científicos especializados.

O pregão veio, pois, trazer inovações no procedimento ordinário verificado nas modalidades comuns previstas na Lei nº 8.666/93, notadamente com a inversão das fases de habilitação e classificação e a introdução do princípio da oralidade.

Elucidativo é o comentário de Justen Filho³ atinente ao tema:

Configurar o pregão como uma modalidade licitatória significa adotar um novo procedimento, além daqueles tradicionais previstos na Lei. nº 8.666, para seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia. Uma modalidade de licitação consiste em um procedimento ordenado segundo certos princípios e finalidades. O que diferencia uma modalidade de outra é a estruturação procedimental, a forma de elaboração de propostas e o universo de possíveis participantes. Sob esse enfoque, pregão é modalidade licitatória inconfundível com aquelas constantes da Lei nº 8.666.

Acrescente-se, por oportuno, o comentário de Costa Berloff⁴ sobre o assunto:

Assim, a Lei do Pregão veicula normas gerais acerca de licitação, o que não importa qualquer espécie de vício de competência, uma vez que sendo a União

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17.

⁴ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 30.

competente para editar normas gerais nesse campo, há obrigatoriedade de circunscrever sua competência apenas ao conteúdo da Lei nº 8.666/93. Seria verdadeiro absurdo pensar que pela Lei nº 8.666/93 estaria exaurida a competência legiferante federal nesse campo. Também seria inviável o argumento de que as normas gerais da Lei nº 8.666/93 seriam as únicas admissíveis.

Frise-se que não deixaram de existir as modalidades licitatórias da Lei n. 8.666/93, o pregão é mais uma modalidade de licitação que se adiciona às demais contidas nessa lei, tendo campo próprio de aplicação.

2.1 BREVE HISTÓRICO

A introdução do pregão no sistema jurídico brasileiro deu-se por etapas. Em uma primeira etapa surgiu e desenvolveu-se na ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, a qual foi criada pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Esse diploma legislativo estabeleceu em seu art. 54 que essa entidade se sujeitaria às normas da Lei n. 8.666/93 para contratar obras e serviços de engenharia; no entanto, para a aquisição de bens e serviços comuns estaria autorizada a licitar na modalidade de pregão. Conclui-se, por conseguinte, que a aplicabilidade dessa nova modalidade licitatória se restringia à ANATEL.

Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.
Parágrafo único. Para os casos não previstos no *caput*, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Previu o art. 55 da LGT que o pregão seria objeto de regulamento a ser expedido pela ANATEL com observância de disputa justa entre os interessados, visando à obtenção de um contrato econômico, satisfatório e seguro. Deu-se assim a edição do referido regulamento aprovado pela Resolução n. 005, de 15 de janeiro de 1998, disciplinando a modalidade pregão em seus arts. 7º e seguintes.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Esse regulamento trouxe em seu bojo a noção de que a nova modalidade licitatória destinava-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade pudessem ser objetivamente definidos pelo edital, tais como peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, bens de consumo, combustíveis, bem como serviços de limpeza, vigilância e conservação, transporte, seguro, manutenção de bens móveis e imóveis etc.

Consoante se depreende do teor dos arts. 55, inc. VIII, 56 e 57 da LGT, a marcante característica do pregão é a inversão das fases de habilitação e julgamento, em comparação com os procedimentos elencados na Lei n. 8.666/93, asseverando Scarpinella⁵ nesse sentido:

No pregão a qualificação subjetiva será sempre feita após a etapa competitiva, o que significa dizer que a habilitação será feita após a verificação e decisão quanto ao preço oferecido, e apenas com relação àquele classificado em primeiro lugar. Na Lei 8.666 os procedimentos licitatórios seguem a lógica completamente inversa: a habilitação dos participantes deve sempre preceder o julgamento das propostas comerciais.

⁵ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29

Na segunda etapa, após mais de dois anos de válidos resultados na ANATEL, decidiu o Governo Federal estender o pregão como modalidade licitatória para a Administração direta e indireta, alijando Estados e Municípios, por meio da Medida Provisória n. 2.026, de 4 de maio de 2000, posteriormente renumerada para 2.108-9, em 27 de dezembro de 2000 e reeditada em versões sucessivas, com poucas modificações e alterada pela Medida Provisória n. 2.182-18, de 23 de agosto de 2001. Sob a forma de medida provisória a nova norma teve seu regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000 também alterado pelo Decreto n. 3.693, de 20 de dezembro de 2000.

A instituição do pregão apenas no âmbito da União provocou por parte dos juristas questionamentos referentes à constitucionalidade da Medida Provisória n. 2.026/00, porque não poderia tal medida instituir uma nova modalidade licitatória, tampouco restringir a sua aplicabilidade.

A celeuma teve fim. Em última etapa a Medida Provisória n. 2.182-18/01 foi convertida na Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, vindo disciplinar essa modalidade de licitação no âmbito da União e estender sua aplicabilidade aos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que estes promovessem a sua adoção.

2. 2 CONCEITO

O vocabulário Jurídico de Plácido e Silva⁶ define o vocábulo pregão:

Do latim *praeconium*, de *praeconare* (apregoar, proclamar) entende-se a notícia ou proclamação feita publicamente por oficial de justiça ou pelo porteiro dos auditórios forenses.

[...]

Assim, na linguagem forense, diz-se pregão:

[...]

b) A proclamação, nas hastas públicas, em altas vozes, dos lanços oferecidos para aquisição ou para arrematação das coisas postas em licitação [...]

⁶ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1984, p. 423-424

O pregão é a modalidade licitatória que poderá ser utilizada no âmbito da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal para a aquisição de bens e serviços comuns, cuja fundamentação legal está inserta no art. 1º da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: “Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei”.⁷

O parágrafo único do mesmo artigo determina que os bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.⁸

Mencione-se também a definição de pregão dada por Jacoby Fernandes⁹ em que afirma ser o pregão:

O procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando a execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.

Na esteira dessa conceituação Carlos Pinto Coelho Motta define a modalidade licitatória pregão como sendo “um instrumento de comparação e seleção de propostas de fornecedores de bens e serviços para o setor público, em que as ofertas são ‘apregoadas’ em uma reunião com a presença de todos e podem ser, sucessivamente, melhoradas por intervenções de viva voz”.¹⁰

2.3 PECULIARIDADE

A licitação na modalidade pregão é cabível na aquisição de bens e serviços comuns qualquer que seja o valor do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor do certame licitatório, de modo diverso, pois, das modalidades de licitação previstas

⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 205.

⁸ Ibidem, p. 205.

⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: 2004, p. 419

¹⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 637.

no art. 22 da Lei n. 8.666/93, cujo valor da contratação é que determina, via de regra, a modalidade apropriada.

A apresentação de lances verbais no pregão, inexistente nas demais modalidades comuns de licitação, possibilita a renovação de preços, atingindo ao final, a meta do menor preço do bem ou serviço licitado. Benedicto de Tolosa Filho discorrendo sobre o pregão elucida que a disputa “se realiza através de proposta escrita, complementada com a possibilidade de lances verbais pelos representantes legais das empresas licitantes, em sessão pública, previamente convocada”.¹¹

Justen Filho¹² aponta ainda outros traços relevantes no que pertine ao pregão:

Em primeiro lugar, a estrutura procedimental do pregão é absolutamente peculiar, com duas características fundamentais. Uma consiste na inversão das fases de habilitação e julgamento. Outra é a possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até chegar-se à proposta mais vantajosa. Em segundo lugar, o pregão comporta propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a formulação de novas proposições (‘lances’), sob forma verbal (ou, mesmo, por via eletrônica). Em terceiro lugar, podem participar quaisquer pessoas, inclusive aqueles não inscritos em cadastro. Sob um certo ângulo, o pregão é uma modalidade muito similar ao leilão, apenas que não se destina à alienação de bens públicos e à obtenção da maior oferta possível. O pregão visa à aquisição de bens ou contratação de serviços, pelo menor preço.

Não se pode deixar de registrar também a importância da atuação do pregoeiro, o qual deve reunir determinadas características a fim de viabilizar e otimizar os resultados com relação à fase de lances, estimulando os licitantes a reduzirem seus preços por ocasião da etapa competitiva.

¹¹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** - comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17-18.

3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO PREGÃO

Os princípios jurídicos são de fundamental relevância para o alcance da essência da modalidade de licitação pregão, “conferindo instrumental aos intérpretes para tomarem posturas e decisões justas e coerentes com os valores morais da sociedade”, conforme salienta Niebuhr¹³.

A licitação tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, não podendo, no entanto, sobrepor-se aos princípios fundamentais nos termos do art. 37, *caput*, da Carta Magna¹⁴, *in verbis*: “A Administração Pública direta, indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” [...]

O Regulamento do pregão aprovado pelo Decreto n. 3.555/00 disciplina em seu art. 4º:

A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.¹⁵

¹³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 1. ed. Curitiba: Zênite, 2004, p. 36

¹⁴ MORAES, Alexandre de (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 69.

¹⁵ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários ao Decreto n. 3.555/2000 e ao regulamento do pregão**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001, p. 47.

A atuação administrativa na licitação pública deve nortear-se pelos princípios jurídicos que lhe são inerentes para que possa atingir ao fim colimado, ou seja, atender ao interesse público.

Esses princípios requerem uma abordagem no presente estudo pela sua relevância, podendo ser agrupados em dois tópicos (critério este tão-só pessoal), os insculpidos na Constituição e os específicos da licitação.

3.1 PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NA CONSTITUIÇÃO

Os princípios elencados a seguir fincam suas raízes na Constituição Federal de 1988 para estrita observância pela Administração Pública.

3.1.1 Princípio da legalidade

Vincula os agentes administrativos ao quê e como determinado pela lei, não podendo haver qualquer desvio, coibindo-lhes o agir individual e tomadas de decisões transgressoras ao disposto em lei. A Administração Pública deve sim voltar-se ao interesse público jamais ao interesse particular, sintetizando Meirelles¹⁶, com clareza, esse princípio: “Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Sua aplicabilidade deve ser constantemente observada especialmente na elaboração do edital.

3.1.2 Princípio da isonomia (igualdade)

Implica obrigatória igualdade de tratamento a ser deferida a todos os participantes do certame licitatório pela Administração Pública, rechaçando exigências que frustrem ou restrinjam a competição, impedindo “o tratamento desigual entre os licitantes, quer sob o

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86

aspecto positivo, favorecendo os amigos, quer sob o negativo, afastando os inimigos"¹⁷ Entenda-se, contudo, que o tratamento igualitário pressupõe tratar os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade na proporção em que se desigualem.

3.1.3 Princípio da impessoalidade

Impõe por parte dos agentes públicos tratamento neutro entre os licitantes, sem favoritismos, sem perseguições, sem privilégios, sem atitudes subjetivistas. A vontade pessoal desses agentes no exercício da atividade administrativa não tem nenhuma importância, devem sim perseguir o interesse público, limitando a sua atuação ao que preconiza a lei.

3.1.4 Princípio da moralidade

Aplica-se indistintamente aos participantes da licitação e aos agentes públicos, exigindo condutas éticas, leais e centradas na boa-fé, devendo ser observado especialmente nas etapas de julgamento das propostas e de habilitação. Bandeira de Mello¹⁸ tece este comentário: “significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte”.

3.1.5 Princípio da publicidade

Para falar de publicidade recorremo-nos a Habermas¹⁹, segundo este filósofo do direito:

¹⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 37.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 475.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução de Flávio R. Kothe - Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1984. P. 14.

... o sujeito dessa esfera pública é o público enquanto portador da opinião pública; a sua função crítica é que se refere a “publicidade” (Publizität) como, por exemplo, o caráter público dos debates judiciais. No âmbito das mídias, a “publicidade” certamente mudou de significado. De uma função de opinião pública tornou-se também um atributo de quem desperta a opinião pública; public relations²⁰, nome com que se recentemente foram batizados os “relacionamentos com o público” e que têm por objetivo produzir tal publicity.

Ao despertar a opinião pública, o princípio da publicidade se torna um dos pilares da democracia, pois, com o conhecimento do ato o povo pode voltar-se contra ele, defendendo-se ou combatendo-o quando eivado de ilícito.

O princípio da publicidade visa, então, dois objetivos: o primeiro é despertar a opinião pública, o que se faz dando transparência aos atos praticados pela Administração Pública, por isso devem ser veiculados pelos meios de comunicação pertinentes, excetuando os que são sigilosos por determinação legal, como no caso de segurança nacional e na licitação, em específico, ao conteúdo da proposta até que o envelope que a contém seja aberto. Nesse sentido comenta Joel de Menezes Niebuhr²¹:

[...] o princípio da publicidade assegura que as sessões sejam abertas ao público, mesmo que realizadas pela *internet*. Demais disso, todos os atos tomados no curso do pregão devem ser acessíveis ao público, além da necessidade de publicar o edital..

O segundo objetivo é propiciar uma maior competitividade ao certame, o que se dará se um grande número de fornecedores tomarem conhecimento.

3.1.6 Princípio da eficiência

Determina que o administrador público, no desempenho de suas funções, aja de forma correta, eficaz e diligente, com vistas à obtenção de resultados satisfatórios ao interesse público; enfim, deve realizar uma boa administração. É pertinente o comentário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² sobre esse princípio:

“Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da

²⁰ Relações Públicas.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 44

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 84

legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”

3.2 OUTROS PRINCÍPIOS PERTINENTES

Os princípios abaixo mencionados, alguns insertos na Constituição Federal e outros afetos aos procedimentos administrativos, também ensejam obrigatória obediência aos participantes das licitações públicas.

3.2.1 Princípio da vinculação ao ato convocatório

Vincula tanto a Administração quanto os licitantes ao disposto no instrumento convocatório e no instrumento contratual, pois ante sua inobservância o procedimento administrativo será passível de nulidade. Mencione-se que esse princípio não é absoluto, pois não tolhe apreciação do Poder Judiciário quando notadamente no edital haja exigências excessivas que limitem a participação dos interessados, bem como a existência de alguma cláusula exorbitante, prejudicando o contratante.

3.2.2 Princípio do julgamento objetivo

Elide arbítrios e subjetividade de julgadores do procedimento licitatório que se vêm jungidos à prática de um julgamento informado por critérios precisos e impessoais estipulados no edital.

3.2.3 Princípio da finalidade

Enseja o exercício da atividade administrativa voltado ao fim público. Se o agente público pratica atos distanciados dos interesses da coletividade, há desvio de finalidade, um desrespeito ao princípio da legalidade, gerando a nulidade de tais atos.

3.2.4 Princípio da razoabilidade

Direciona-se a decisões dos agentes públicos quando não tendo a lei apontado a melhor diretriz para o caso concreto, esse agentes devem agir de forma equilibrada e compatível com o razoável, utilizando então o bom senso.

3.2.5 Princípio da proporcionalidade

Requer adoção de medidas administrativas que reflitam necessidade, suficiência e adequação dentre as opções existentes para aplicação à situação concreta que se apresenta e assim lograr a consecução da finalidade pública.

3.2.6 Princípio da competitividade

Relaciona-se diretamente com a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, fomentando a participação de mais interessados na licitação. Vedou o legislador práticas restritivas à competição no inc. II, do art. 3º, da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”²³

3.2.7 Princípio do justo preço

Impede a contratação não condizente com a realidade de preço no mercado, refletindo excessividade ou inexequibilidade, podendo acarretar à Administração Pública dissabores de toda ordem.

²³ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.

3.2.8 Princípio da seletividade

Refere-se à escolha da melhor oferta dentre as apresentadas, ou seja, a de menor preço e que atenda ao interesse da coletividade.

3.2.9 Princípio da comparação objetiva das propostas

Norteia a avaliação objetiva pela Administração Pública, assentada em critérios de julgamento claros e objetivos.

3.2.10 Princípio da probidade administrativa

Vem completar o princípio da moralidade, estendendo a preocupação à honestidade, à integridade, à justiça do funcionário público, características que devem compor o perfil do agente público, que não deve buscar o enriquecimento ilícito, tampouco causar prejuízo ao erário e muito menos atentar contra os princípios da administração pública, consoante a Lei n. 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa).

3.2.11 Princípio da celeridade

Objetiva impor ao certame atos mais céleres, alijar a desnecessária burocracia, o que se dá pela inversão das fases licitatórias, sendo julgadas inicialmente as propostas e só após passando-se à verificação da habilitação unicamente do licitante vencedor, podendo a licitação realizar-se em um único dia.

4. OBJETO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A Lei n. 10.520/02, no *caput* do art. 1º, disciplina que “Para a aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regido por esta Lei”.²⁴

Pela inteligência literal do termo **poderá** tem-se a idéia de que, em se tratando de bens e serviços comuns, compete discricionariamente à Administração Pública adotar o pregão, levando em conta a sua conveniência e adequação, redundando em uma faculdade.

O art. 3º do Regulamento do pregão aprovado pelo Decreto n. 3.555/00 prescreve:

“Os contratos celebrados pela União, para a aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio da disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.”²⁵

Esse artigo insere o vocábulo **prioritariamente**, denotando que a Administração Pública federal será obrigada a adotar preferencialmente o pregão com relação às modalidades licitatórias tradicionais, em razão de seu caráter prioritário; todavia, não impõe qualquer obrigatoriedade.

Já o Decreto n. 5.450 de 31 de maio de 2005, o qual revogou o Decreto n. 3.697/00, regulamentando o pregão na forma eletrônica para aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública federal, utiliza a palavra **obrigatória**. Eis o que estabelece o artigo

²⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 83.

²⁵ BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo**: uma nova modalidade de licitação. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2000, p. 34.

pertinente: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica”.²⁶ E o parágrafo único do referido artigo acrescenta que só não será utilizado o pregão eletrônico se se comprovar que não é viável, mas ainda assim há de haver a justificativa da autoridade competente. Agora fica evidenciada a obrigatoriedade da adoção do pregão no âmbito federal, preferencialmente o eletrônico.

A Lei n. 10.520/02, no parágrafo único, do art. 1º, com o intuito de dar um significado para a expressão bens e serviços comuns, traz esta definição: “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.²⁷

Não há dúvida de que o conceito de *bem e serviço comum* apresentado pela lei é vago e indeterminado, como bem salienta Scarpinella²⁸:

“Tal vagueza, por si só, não permite a conclusão de que a lei teria, ao utilizar conceito de tal categoria, outorgado uma competência discricionária à Administração Pública. Tratando-se de linguagem, ela precisa ser interpretada no tempo e lugar em que se lhe reconhece sentido, no contexto da norma e diante das peculiaridades do caso concreto.”

Na tentativa de dar concretude ao conceito Marçal Justen Filho²⁹ tece o comentário que se segue:

“O que caracteriza um objeto como comum é a padronização de sua configuração, viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado. A padronização pode ser decorrência de regras técnicas formalmente adotadas por entidades especializadas (em especial, a ABNT), mas nada impede que seja produto de práticas uniformes e reiteradas de mercado. Também pode ser produzida por procedimentos internos à própria Administração” [...].

Na concepção de Jessé Torres Pereira Junior³⁰ bens e serviços comuns para utilização do pregão têm três aspectos distintivos básicos:

²⁶ DECRETO Nº 5.450, de 31.5.05. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, [...]. DOU de 1º.6.05.

²⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 205.

²⁸ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19.

a) aquisição habitual no dia-a-dia administrativo; (b) refiram-se a objeto cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação; (c) os fatores e critérios de julgamento das propostas sejam rigorosamente objetivos, centrados no menor preço.

Não se entenda, porém, que a palavra qualificadora comum signifique inexistência de complexidade técnica. Assim não o é. Assevera com acerto o mencionado autor:

“O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.”³¹

4.1 CLASSIFICAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS (DECRETO Nº. 3.555/00)

O anexo II do regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.555/00 relaciona os bens e serviços considerados comuns, tendo sido alterado pelo Decreto n. 3.693/00, acrescentando à relação anterior como bens comuns: microcomputador, *notebook*, monitor de vídeo e impressora e como serviços comuns: os de fornecimento de energia elétrica e de apoio marítimo.

Constam do rol contido no referido regulamento, dentre outros: a) bens de consumo – água mineral; combustível e lubrificante; gás; gênero alimentício; material de expediente; material hospitalar, médico e de laboratório; material de limpeza e conservação etc; (b) bens permanentes – mobiliário; equipamentos em geral, exceto bens de informática; veículos automotivos em geral; microcomputador, *notebook*; monitor de vídeo e impressora etc; (c) serviços – de apoio administrativo; de apoio à atividade de informática; de assistência; de atividades auxiliares, como ascensorista, auxiliar de escritório, copeiro, garçom, jardineiro, mensageiro, motorista, secretária, telefonista; de confecção de uniformes; de copeiragem; de

³⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1005.

³¹ Ibidem, p. 1006.

hotelaria; de limpeza e conservação; de manutenção de bens móveis; de manutenção de bens imóveis; de reprografia; de telefonia fixa; de telefonia móvel; de transporte; de vale refeição; de vigilância e segurança ostensiva; de fornecimento de energia elétrica; serviços de apoio marítimo etc.

Ressalte-se que a Lei do pregão nada diz a respeito sobre ser necessário um regulamento a fim de exemplificar o que seja bem e serviço comum, levando ao entendimento de que essa lei considerou desnecessário elencar uma listagem taxativa; todavia, tal regulamento serve de parâmetro para identificar a característica comum dos bens e serviços para eventual contratação pública.

Aliás, só há menção sobre a necessidade de regulamento na Lei n. 10.520/02 em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, *in verbis*:

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

§ 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.”³²

Não se infira, no entanto, que por ser o bem ou serviço comum a Administração possa olvidar-se da adoção de critérios qualitativos mínimos, os quais devem constar do edital para que no momento da verificação de aceitabilidade das propostas não haja desclassificação, ou que a Administração se veja obrigada a aceitar proposta de menor preço, mas sem a mínima qualidade.

4.2 IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO PREGÃO

De acordo com a determinação contida no art. 5º do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 3.555/00 não é possível licitar por intermédio do pregão as obras e serviços de engenharia, contudo a Lei n. 10.520/02 que tem primazia sobre o referido decreto não exclui

³² BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 46.

tal possibilidade, em se lhes caracterizando a natureza comum, mas se se revestirem de complexidade, há então impossibilidade de serem licitadas por pregão.

Eis o comentário pertinente de Niebuhr³³:

“Reforça esta tese o fato de que o próprio Decreto Federal permitiu, no item 20 do seu Anexo II, a utilização do pregão para a manutenção predial, o que, a todas as luzes, qualifica-se como serviço de engenharia. Logo, a proibição contida no artigo 5º do Decreto Federal não é absoluta, tanto que ele próprio prevê exceção.”

As alienações, em virtude de a Lei do pregão a elas não fazer qualquer menção, além do que possuem um procedimento específico, não podem ser licitadas por meio de pregão. Afirma Jacoby Fernandes³⁴ que “A vedação ainda é reforçada pela própria natureza do *pregão*, em que se busca a proposta de menor preço, enquanto na alienação a proposta mais vantajosa é a de maior preço”.

Com relação aos bens e serviços de informática, que normalmente comportam especificações variadas, o Decreto n. 3.555/00 veda a sua contratação por pregão, excetuando, apenas, determinados bens: microcomputador, *notebook*, impressora e monitor de vídeo; porém, não se deve esquecer que “muitos outros bens, tecnicamente considerados como de informática, como aparelho de *fac-simile* (fax), leitura ótica, são *comuns* e podem, sem dúvidas, ser adquiridos pelo *pregão*”.³⁵

Tampouco as locações imobiliárias podem ser licitadas pela modalidade de pregão porque os objetos comportam diversidade de especificações, sendo-lhes marcante a complexidade, não admitida para licitação cujo tipo é o menor preço – pregão.

³³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 62.

³⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 439.

³⁵ *Ibidem*, p. 439.

5. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL DO PREGÃO

A estrutura procedimental do pregão decorre da Lei n. 10.520/02 que, ante a simplicidade que lhe é peculiar, não apresenta soluções a certas situações procedimentais, devendo ser aplicada subsidiariamente às normas gerais da Lei n. 8.666/93, desde que estas sejam compatíveis com a Lei do Pregão.

As mencionadas leis apresentam uma similaridade procedimental quanto a alguns aspectos, dentre eles: a abertura do processo licitatório, a publicidade do edital, a acessibilidade pública e a existência das fases interna e externa.

Em contrapartida, possui o pregão características procedimentais distintas das demais modalidades comuns de licitação. Aponta Benedicto de Tolosa Filho³⁶ estas características distintas:

A primeira reside no fato de que, após a análise das propostas, iniciam-se lances verbais tentando reduzir a oferta apresentada pelos licitantes.

O segundo diz respeito à fase de habilitação, que nas demais modalidades precede a análise técnica, nos tipos de melhor técnica e de técnica e preço, e a de classificação das propostas.

Na modalidade de pregão, a habilitação é posterior à de classificação das propostas, e somente da empresa classificada em primeiro lugar.

Se a empresa não for habilitada, serão analisadas as das demais na ordem de classificação.

A licitação na modalidade pregão possui duas fases distintas: a interna ou preparatória e a externa, disciplinadas nos arts. 3º e 4º da Lei n. 10.520/02, tendo Jacoby Fernandes³⁷ sintetizado as formalidades que as compõem:

³⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

[...] o legislador dividiu o *pregão* em duas fases: a interna, ou preparatória, na qual se desenvolvem os atos iniciais como a definição do objeto, os preparatórios da convocação, as regras do desenvolvimento do certame e da futura contratação; e a externa, iniciada pela divulgação do ato convocatório, seguida de julgamento, terminando com a assinatura do contrato.

5.1 FASE INTERNA OU PREPARATÓRIA

A fase interna ou preparatória do pregão tem início quando algum setor do órgão administrativo encaminha uma requisição à autoridade competente, solicitando a aquisição de determinado bem ou a prestação de um certo serviço a ensejar realização de licitação para tal intento.

À requisição mencionada deve acompanhar o termo de referência, sendo este exigido tão-só no âmbito da Administração Pública federal, e não para os demais entes federativos, de acordo com o Decreto n. 3.555/00, o qual define esse termo no inc. II do art. 8º, *in verbis*:

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante do orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;”³⁸

A autoridade competente recebendo a requisição analisa a oportunidade e conveniência do solicitado e, em sendo oportuno e conveniente, autoriza que o processo de licitação seja aberto, justificando, obrigatoriamente, ser necessária a contratação.

5.1.1 Exigências da lei

³⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 443

³⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários ao Decreto n. 3.555/2000 e ao regulamento do pregão**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001, p. 58.

Estabelecem os incisos I a IV, do art. 3º, da Lei n. 10.520/02 o que deverá ser observado na fase preparatória do pregão, *in verbis*:

“Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I – a autoridade competente justificará a necessidade da contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão promotor da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.”³⁹

Os incisos I e II acima mencionados impõem que a autoridade competente avalie se a contratação é conveniente, se a descrição do objeto é precisa, não o ampliando tampouco restringindo-o, inviabilizando a competitividade. Abordam ainda as condições de contratação e participação no certame licitatório, pois conforme afirma Ricardo Ribas da Costa Berloff, “a Administração não disporá de oportunidade para exame mais detido da habilitação dos licitantes antes de selecionar a proposta mais vantajosa”.⁴⁰

O inciso III do mencionado diploma legal determina que o processo administrativo deverá conter a justificativa atinente às escolhas feitas e indispensáveis elementos técnicos, viabilizando a inclusão das normas gerais de licitação (Lei n. 8.666/93), ratificada pelo art. 9º da Lei do pregão, ao estabelecer a aplicação subsidiária daquela lei a esta.

Há exigência ainda de orçamento dos bens e serviços a serem licitados, mediante pesquisa no mercado, a fim de averiguar a disponibilidade orçamentária para pagamento, uma vez que a Administração Pública está obrigada, conforme salienta Ricardo Ribas da Costa

³⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Pregão** – teoria e prática: nova e antiga idéia em licitação pública. São Paulo: NDJ, 2001, p. 35-36.

⁴⁰ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 59.

Berloffa, “a adotar o sistema de orçamento público para a previsão de receitas e fixação da despesa”.⁴¹

O inciso IV do dispositivo anteriormente citado volta-se à figura do pregoeiro e equipe de apoio, bem como às suas atribuições, cuja abordagem será tratada mais adiante.

5.1.2 Instauração do procedimento licitatório

A instauração da licitação na modalidade pregão requer a autorização da autoridade competente a quem incumbe, consoante o disposto no inciso III, do art. 8º, do Decreto n. 3.555/00, *in verbis*:

[...] (I) definir o objeto do certame; (II) estimar o valor do objeto em planilhas; (III) justificar a necessidade da aquisição; (IV) estabelecer os critérios de aceitação das propostas; (V) estabelecer as exigências de habilitação; (VI) definir as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento; (VII) determinar as cláusulas do futuro contrato; (VIII) designar o pregoeiro e a sua equipe de apoio.⁴²

5.1.3 O pregoeiro e suas atribuições

O pregoeiro é uma novidade da Lei n. 10.520/02, sendo responsável pelo processamento do pregão realizado no âmbito do órgão público que promoverá a licitação, diferentemente do que ocorrem nas demais modalidades de licitação em que a condução do certame licitatório fica a cargo de um órgão colegiado – comissão permanente de licitação.

A Lei do pregão determina que o pregoeiro será designado pela autoridade competente da Administração promotora da licitação, por meio de portaria ou outro instrumento equivalente, relacionando suas atribuições mais relevantes, tais como: “o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação

⁴¹ Ibidem, p. 61.

⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 69.

e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”⁴³, consoante o disposto no art. 3º, inc. IV, da mencionada lei.

O pregoeiro deve ser um servidor público ocupante de cargo público efetivo, comissionado ou requisitado, com qualificação adequada, sendo-lhe exigida pelo art. 7º do Regulamento do pregão apropriada capacitação para o desempenho de suas funções. Embora seja o pregoeiro auxiliado por uma equipe de apoio prevista pela Lei do pregão, esta não detém qualquer competência decisória, a responsabilidade e tomada de decisões atinentes ao procedimento licitatório são exclusivas do pregoeiro.

Sem sombra de dúvida as atribuições do pregoeiro são complexas, não lhe competindo apenas receber e abrir envelopes de propostas e de habilitação, mas decidir sozinho sobre todas as nuances da contratação do objeto licitado.

5.1.4 Equipe de apoio

Outra novidade da Lei do pregão é a equipe de apoio, cuja função é de assessoramento ao pregoeiro em todas as tarefas decorrentes do processamento da licitação na modalidade pregão, principalmente no tocante a informações de caráter técnico, nada decidindo, tampouco podendo conduzir as atividades relativas à sessão pública desse procedimento licitatório.

Prevê o § 1º, do art. 3º, da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: “A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento”.⁴⁴ Verifica-se que tal dispositivo não traz maiores detalhamentos, não estabelecendo um número fixo de pessoas a integrar essa equipe e não mencionando as atividades específicas concernentes ao desempenho.

⁴³ TOLOSA FILHO, Benedicto. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.

⁴⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.

Dessa forma deixa a lei a cargo do ente licitante, de acordo com as características e necessidades do específico certame a ser encetado, a designação da equipe de apoio e o *quantum* de servidores participantes.

Não há exigência, consoante se depreende do retro dispositivo legal, de que os membros da equipe de apoio tenham aptidão ao exercício da função a ser desempenhada; contudo, devem estar devidamente qualificados para tal desempenho, pois não se concebe que essa equipe contribuirá efetivamente para o satisfatório resultado final da licitação sem uma adequada qualificação.

5.1.5 O edital

edital é o instrumento convocatório da licitação pública, vinculando tanto a Administração que o elaborou quanto os licitantes, os quais se subordinam totalmente aos seus termos, não podendo haver exigências outras senão as nele dispostas.

A Lei do pregão, consoante afirma Jessé Torres Pereira Junior, “optou, a despeito de tratar-se de objeto comum, por convocação universal, de ampla divulgação”⁴⁵ e acrescenta o autor que “[...] se justifica a opção pelo fato do objeto do pregão independe de valor, que pode, portanto, ser elevado”.⁴⁶

A Lei n. 10.520/02, em seu art. 4º, inc. III, prevê que “do edital deverão constar todos os elementos definidos na forma do inc. I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso”.⁴⁷

Registre-se que os elementos previstos no inc. I, do art. 3º, da Lei do pregão são “o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento”.⁴⁸

⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.013.

⁴⁶ Ibidem, p. 1013.

⁴⁷ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85.

⁴⁸ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.

Aplica-se a essa nova modalidade licitatória a regra vinculante da necessidade de que seja dada ampla divulgação ao certame licitatório, pois a publicidade é um dos princípios inerentes aos atos e procedimentos administrativos. De acordo com o inc. I, do art. 4º, da Lei n. 10.520/02:

I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em Diário Oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação” [...]”⁴⁹

Em síntese, com relação à publicidade do edital, assevera Vera Scarpinella⁵⁰:

[...] o que é vinculante para as diversas esferas da Federação é o conteúdo do aviso, o prazo mínimo de divulgação de oito dias úteis e a via do ‘Diário Oficial’. A publicidade pela ‘Internet’ e jornal de grande circulação é facultativa, tornando-se obrigatória na medida em que a norma local assim estabeleça.

Frise-se que a Lei n. 10.520/02 nada menciona a respeito da impugnação do edital do pregão. Para alguns doutrinadores ante a ausência de norma aplicam-se subsidiariamente no tocante a tal impugnação as regras contidas nos §§ 1 e 2º, do art. 41, da Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.⁵¹

Em que pese o não-consenso doutrinário quanto à aplicação subsidiária do disposto na Lei n. 8.666/93 sobre a impugnação de edital, esta é a melhor sistemática porque tem respaldo na Lei do pregão que expressamente dispõe que aquela lei deve ser aplicada subsidiariamente em face de omissões constantes de seu texto.

⁴⁹ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 66.

⁵⁰ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 108.

⁵¹ BITTENCOURT, Sidney. **Comentários ao Decreto n. 3.555/2000 e ao regulamento do pregão**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001, p. 201.

Acolhida a impugnação do edital pela autoridade competente dar-se-á a invalidação dos atos praticados e conseqüentemente a licitação deverá ser refeita, bem como devida republicação do aviso.

5.2 FASE EXTERNA

A fase externa do pregão respalda-se legalmente no art. 4º da Lei n. 10.520/02, tendo início com a convocação dos interessados e observância às regras descritas nos inc. I a XXIII desse artigo.

Nessa fase estão concentrados os atos de disputa e escolha da proposta vencedora, as quais se desenrolam na sessão pública do pregão. Com o propósito de tornar mais clara a procedimentalização dessa nova modalidade de licitação será realizada uma abordagem em que se processará a divisão de tal fase licitatória em seis outras fases que a compõem, sendo elas: inicial, de julgamento, de habilitação, de recursos, de adjudicação e de homologação.

Veja-se a seguir a análise da sessão pública do pregão e dessas fases.

5.2.1 Sessão pública

A realização dos atos administrativos em sessão pública atende ao princípio da publicidade, assegurando-se o amplo conhecimento e a transparência dos atos praticados pela Administração.

Inicia-se a sessão pública do pregão com o recebimento das propostas escritas e a documentação de habilitação, desenvolvendo-se com a realização dos lances verbais, do julgamento e da classificação da melhor oferta, ou seja, a de menor preço, seguida da habilitação do licitante dessa melhor proposta e finda-se com a declaração do vencedor.

A principal característica da sessão pública do pregão é ser única, podendo, em caso excepcional ser suspensa e após retomada por decisão do pregoeiro, o qual tem a responsabilidade de manter a ordem e o bom andamento dos trabalhos, não lhe sendo facultado uma atuação com liberdade ilimitada, há que cumprir o regramento legal e qualquer decisão que venha a ser tomada no curso da sessão há que ser justificada. Adequado é este comentário de Vera Scarpinella:

Após explicitar aos participantes como será a condução dos trabalhos, os envelopes contendo as propostas econômicas devem ser abertos para análise e classificação; seguindo-se a fase de lances verbais até a indicação do licitante vencedor e posterior análise de seus requisitos habilitatórios.⁵²

5.2.2 Fase inicial

Os interessados devem comparecer à sessão pública do pregão no dia, hora e local previstos, diretamente ou por seus representantes legais, os quais deverão se identificar e comprovar possuírem os poderes exigidos para a formulação de propostas, visando à participação no certame licitatório. As rotinas de credenciamento são executadas pela equipe de apoio antes da abertura.

São práticas proibidas e contrárias à competitividade, de observância obrigatória para todas as esferas federativas, ampliando a participação de interessados no pregão as delimitadas no art. 5º da Lei n. 10.520/02, *in verbis*:

Art. 5º É vedada a exigência de:

I – garantia de proposta;

II – aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III – pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.⁵³

A comprovação de poderes dos participantes para a atuação concreta na sessão pública deve dar-se por meio de procuração ou outro documento como cópia de estatuto social, pois

⁵² SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

⁵³ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 125.

ante a falta de documento comprobatório não pode o participante, p. e., formular lances ou manifestar seu interesse em recorrer.

Nessa fase inicial, “aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação” [...] ⁵⁴, consoante estabelece o inc. VII, do art. 4º, da Lei n. 520/02. Se o proponente, por esquecimento, não trouxer a declaração, poderá suprir tal irregularidade, fazendo-a de próprio punho, nesse momento; mas, no caso de declaração falsa, comprovada a má-fé de seu declarante, poderá ser objeto de sanção previamente disposta no edital.

5.2.3 Fase de julgamento

Consubstancia-se na principal fase do pregão, porque é nela que se dá a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, na qual se desenrola uma série de etapas, as quais serão analisadas a partir de agora.

5.2.4 Inversão das fases

A inversão das fases de habilitação e julgamento é a principal característica do pregão. Verifica-se uma importante inovação desse procedimento licitatório, pois, primeiramente, há a escolha da melhor proposta para após proceder-se à comprovação documental de atendimento aos requisitos da habilitação atinente tão-somente a essa proposta, evitando-se o exame demorado e trabalhoso de extensa documentação apresentada por todos os licitantes. “É o ‘ovo de Colombo’ do pregão. O seu êxito, todavia, dependerá da habilidade e da firmeza com que o procedimento for conduzido pelo pregoeiro” ⁵⁵, assim afirma Jessé Torres Pereira Junior.

⁵⁴ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 85.

⁵⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1014.

5.2.5 Conformidade

O primeiro passo referente ao julgamento das propostas é a abertura dos respectivos envelopes de preço e, de imediato, verifica o pregoeiro a conformidade das propostas com os requisitos técnicos de qualidade mínima definidos no edital, consoante determina o art. 4º, inc. X, da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: “[...] será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”.⁵⁶

O não-atendimento desse pressuposto implica desclassificação do participante; esclarecendo-se que nesse momento não se configuram a análise das propostas econômicas dos participantes e das suas condições habilitatórias, tão-só prévia análise de compatibilidade, de suma importância para a etapa de lances verbais.

5.2.6 Classificação dos licitantes de melhor oferta

Para fins dessa classificação, visando à participação na etapa de lances verbais, só poderão participar aqueles ofertantes cujas propostas por escrito apresentem valor situado dentro de intervalo entre o menor preço e os demais, objetivando que as propostas apresentadas sejam compatíveis com a realidade do mercado, punindo-se a tentativa de inflacionar preços.

Assim o pregoeiro anunciará a proposta por escrito de menor preço e em seguida aquelas cujos preços se situem dentro do intervalo de 10% (dez por cento) acima da primeira, não havendo limite de propostas enquadradas nesse percentual, considerando-se todas as propostas.

5.2.7 Lances verbais

Significa o início da competição propriamente dita. É franqueada a formulação de lances verbais, os quais deve necessariamente contemplar preços de valor decrescente em relação à proposta por escrito de menor valor.

⁵⁶ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 86.

Especificamente sobre o assunto traz a Lei n. 10.520/02, em seu art. 4º, incs. VIII e IX o seguinte:

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos.⁵⁷

Na hipótese de não haver pelo menos três ofertas depois da realização da regra dos 10% (dez por cento) são selecionados os autores das melhores propostas subseqüentes, até o máximo de três, quaisquer que sejam os preços oferecidos. Não há óbice a que a disputa por meio de lances verbais venha a ocorrer com menos de três participantes, desde que o número de presentes à sessão seja inferior a esse limite.

5.2.8 Dinâmica de lances verbais

O confronto direto entre os licitantes mediante lances sucessivos até a declaração do vencedor objetiva reduzir o preço ofertado.

Nessa dinâmica o pregoeiro convidará o participante selecionado que tenha apresentado a proposta classificada de maior valor para iniciar a apresentação de lances verbais, os quais serão formulados obedecendo à seqüência do maior para o menor preço escrito selecionado.

Ainda que o licitante desista de apresentar lance não será excluído do certame, pois se o licitante vencedor não puder celebrar o contrato sua proposta pode vir a ser analisada, respeitada a ordem final de classificação.

⁵⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 207.

“As normas regentes do pregão não delimitam o número de rodadas de lances verbais, seguindo-se que haverá tantas rodadas quantas o pregoeiro for capaz de estimular”⁵⁸, conforme assinala Jessé Torres Pereira Junior.

5.2.9 Aceitabilidade e exame do valor ofertado

Conclusa a etapa competitiva (lances), passa o pregoeiro a examinar a proposta classificada em primeiro lugar a que corresponde ao lance mais baixo apresentado (menor preço) e se esta não for aceitável examina a segunda classificada e assim sucessivamente até a obtenção da mais vantajosa.

Esse exame compreende a verificação da compatibilidade da proposta com o preço estimado pela Administração Pública na elaboração do edital, não consubstanciando uma tarefa fácil, o pregoeiro deve contar, conforme adverte Vera Scarpinella, “com informações concretas e atuais sobre o mercado do objeto licitado, para poder conduzir adequadamente o pregão e proceder a esta análise” [...] ⁵⁹

5.2.10 Inexeqüibilidade da oferta

Revela-se impossível demarcar um limite mínimo de valor no pregão a partir do qual não haveria mais aceitabilidade das propostas, daí a complexidade da tarefa de analisar a sua exeqüibilidade; todavia, é prudente que se estabeleça algum parâmetro para detectar se é viável o preço ofertado, pois inexistindo tal parâmetro Adilson Abreu Dallari sugere que “ter-se-á de lançar mão da comparação com preços usualmente praticados, decidindo-se por critérios de razoabilidade e simples bom senso”.⁶⁰ Então resta ao pregoeiro decidir motivadamente no sentido de admitir ou não admitir oferta abaixo do preço de mercado.

⁵⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1016.

⁵⁹ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146.

⁶⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132-134.

5.2.11 Negociação do pregoeiro

Para a consecução do preço mais adequado à Administração, “o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor”⁶¹, disposição essa contida no inc. XVII, do art. 4º, da Lei n. 10.520/02.

Tal permissibilidade é válida para “quando encerrada a etapa competitiva com a proponente primeiro classificada ou, ainda, com os remanescentes, pela ordem de classificação, se a oferta não for aceitável ou se o licitante não atender às exigências habilitatórias”⁶², de acordo com o comentário de Benedicto de Tolosa Filho. Ressalte-se que é de extrema importância na negociação a observância de uma conduta ética voltada ao interesse público, evitando-se o pesadelo da corrupção.

5.2.12 Falta de proposta classificada como aceitável

Mesmo ocorrendo a negociação pode suceder de nenhuma proposta ser classificada como aceitável em razão de estar acima ou abaixo da estimativa da Administração; todavia, há alternativas solucionadoras, conforme esclarece Scarpinella⁶³:

[...] verificar a aceitabilidade e proceder à habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta imediatamente subsequente à classificação que restou infrutífera. Se sua proposta for conforme ao edital e seu preço for aceitável (aqui são aplicáveis todas as considerações feitas a respeito, inclusive quanto à possibilidade de negociação), então tal proponente poderá ser declarado vencedor da licitação. Caso contrário poderá ser seu subsequente, e assim sucessivamente, até que uma proposta seja considerada vencedora.

[...]

E se, mesmo depois de adotado o procedimento acima, a licitação restar fracassada, então será o caso de abertura de novo certame. Se ainda estiverem presentes todos os supostos de fato que levaram à abertura da licitação, não há qualquer impedimento para que a Administração aproveite os atos internos já praticados, e reinicie o procedimento com a republicação do aviso.

⁶¹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 87.

⁶² Ibidem, p. 56.

⁶³ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156.

5.2.13 Fase de habilitação

No pregão, em virtude da inversão das fases, a fase de habilitação se desenvolve posteriormente à classificação final das propostas econômicas, mas na mesma sessão. E a princípio somente o envelope que contém a documentação do licitante classificado em primeiro lugar deverá ser aberto, devendo o pregoeiro verificar se essa atende a todas as exigências contidas no edital para habilitação, sendo que todos os participantes têm o direito de examiná-la.

Diga-se que para participar do certame, oferecendo sua proposta e lances, os licitantes particulares devem apresentar compromisso de que estão em condições de habilitação.

Se tal licitante atender a todos os requisitos será tido como habilitado e declarado vencedor do certame licitatório; pois, caso contrário, será inabilitado, e o pregoeiro passará à abertura do envelope com a documentação do segundo classificado, adotando o mesmo procedimento antes traçado, respeitada a ordem de classificação, até a obtenção de um vencedor. Nesse contexto há possibilidade de negociação com este novo proponente para obtenção de preço melhor.

Se o primeiro classificado atender à exigência editalícia referente à documentação a fase de habilitação se encerrará sem que os envelopes dos demais interessados sejam sequer abertos, isso representa uma certa economia processual, pois o pregoeiro terá seus trabalhos reduzidos e o procedimento será mais célere.

Elenca o inc. XIII, do art. 4º, da Lei n. 10.520/02, a seguir transcrito, um rol taxativo de obrigatórios documentos que deverão estar inclusos no envelope de documentação, com vistas à verificação de que o proponente do melhor preço detém condição de executar o objeto licitado:

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira.⁶⁴

⁶⁴ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 207.

Logo, somente poderão ser exigidos documentos relativos à idoneidade técnica e econômica do licitante, bem como sua regularidade fiscal e jurídica. À exceção do documento de idoneidade técnica os demais poderão ser substituídos pelo registro cadastral no SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangido pelo referido sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na Lei n. 8.666/93, emitido pelo órgão ou entidade de qualquer nível de Poder (Lei n. 10.520/02, art. 4º, inc. XIV).

5.2.14 Fase recursal

Inovando o legislador previu para a licitação por pregão tão-somente uma fase recursal, pois o recurso só poderá ser interposto apenas no final da sessão a partir da declaração do vencedor do procedimento licitatório, por meio de manifestação oral ou escrita pelo licitante irresignado.

Tal manifestação há de ser motivada de forma consistente para no prazo de três dias serem apresentadas as razões recursais, podendo os demais interessados manifestarem-se sobre o recurso em igual prazo de interposição (Lei n. 10.520/02, art. 4º, inc. XVIII). Se o interessado não aproveitar esse momento, mantendo-se silente, decai do seu direito de recorrer e dar-se-á a adjudicação do objeto licitado (Lei n. 10.520/02, art. 4º, inc. XX). Esta novidade trouxe uma vantagem enorme, se comparada com as demais modalidades comuns. Naquelas a Administração deve aguardar a desistência formal do direito de recorrer ou o transcurso do término do prazo recursal.

Após decididos os recursos é que poderá haver a adjudicação (Lei n. 10.520/02, art. 4º, inc. XXI). Ora, daí se depreende ser impossível que a decisão recorrida produza seus efeitos normais após a interposição do recurso. Revela-se inócua a disposição legal de que o recurso contra ato do pregoeiro não terá efeito suspensivo (Decreto n. 3.555/00, art. 11, inc. XVIII),

pois ele tem sim eficácia suspensiva da contratação. Veja-se este comentário pertinente de Jessé Torres Pereira Junior⁶⁵:

Mesmo que o pregoeiro adjudique o objeto ao proponente que classificou em primeiro lugar, a Administração não poderá contratá-lo enquanto não houver homologação pela autoridade competente, e esta somente poderá homologar se julgar improcedente o recurso.

Impende mencionar que, em havendo interposição de recurso, não será o pregoeiro quem decidirá o mérito recursal, sendo essa atribuição da autoridade competente, aliás de outra forma não poderia ser, visto que o recurso requer o duplo grau de jurisdição, ou seja, a apreciação e a decisão por autoridade superior a que praticou o ato objeto de recurso; o que pode o pregoeiro fazer é reconsiderar sua decisão anterior, em virtude do recurso interposto.

5.2.15 Fase de adjudicação

Não havendo a manifestação acerca da interposição de recurso, ou mesmo depois de vencida a fase recursal o próximo passo é a adjudicação do objeto ao vencedor, a qual é definida por Ricardo Ribas da Costa Berloffia como sendo “o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para a subsequente efetivação do contrato administrativo”.⁶⁶ Pode-se concluir que a competência para a prática do ato de adjudicação após a declaração do vencedor será do pregoeiro se não houver interposição de recurso administrativo, ou se este não for submetido à autoridade competente para decisão do mérito recursal.

Pode ocorrer, no entanto, que haja sido interposto recurso, e em assim sendo, será apreciado pela autoridade competente, deslocando-se a competência para adjudicação do pregoeiro para a referida autoridade a quem caberá decidir sobre o recurso e após adjudicar o objeto ao que figurar como primeiro colocado na ordem de classificação.

Convém ressaltar que o direito à adjudicação não defere o direito à contratação, pois esta não é automática, depende dos termos do edital, tendo o adjudicatário mera expectativa de direito de contratar.

⁶⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1019.

⁶⁶ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 118.

5.2.16 Fase de homologação

A homologação, última etapa da licitação, é o ato de controle de legalidade do procedimento licitatório e de verificação da conveniência e da oportunidade da contratação pela autoridade competente.

Para o ato de homologação do objeto adjudicado essa autoridade competente valer-se-á de três opções, consoante salienta Ricardo Ribas da Costa Berloff⁶⁷:

1º confirmar o julgamento do pregoeiro, homologando-o; 2º ordenar a retificação dos atos praticados no todo ou em parte, se verificar irregularidades corrigíveis no julgamento; e 3º anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, se visualizar irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação.

Os efeitos da homologação são sintetizados por Lúcia Valle Figueiredo ao afirmar que a adjudicação homologada acarreta ao vencedor estes direitos e deveres: “a) direito de não ser preterido; b) direito de exigir que se fundamentem as razões, se o contrato não se aperfeiçoar; c) dever de sustentar a proposta para assinatura do contrato nos termos em que se obrigou”.⁶⁸ O inc. XXIII, do art. 4º, da Lei n. 10.520/02 estabelece que “se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inc. XVI”⁶⁹ do mesmo artigo, *in verbis*:

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.⁷⁰

⁶⁷ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 121.

⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos licitantes**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 80.

⁶⁹ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 87.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 87.

Frise-se que a recusa a firmar o contrato pelo licitante vencedor há de ser motivada, declarada e registrada nos autos, sob pena de duras sanções, as quais não serão aplicadas ao segundo licitante melhor classificado se sua proposta já estiver vencida, mas daí não se deve inferir que não seja obrigatória sua convocação por haver-se recusado o vencedor a assinar o instrumento contratual, excetuando a hipótese de vencimento de sua proposta.

5.3 VALIDADE DAS PROPOSTAS COMERCIAIS

Dispõe o art. 6º da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: “O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital”.⁷¹

Uma visível inovação da modalidade de licitação pregão, pois a Administração poderá modificar a validade para prazo maior ou menor que sessenta dias, o qual será contado da data de apresentação da proposta, consoante regra prevista na Lei n. 8.666/93, uma vez que o artigo da Lei do Pregão não traz nenhuma especificação.

Homologado o certame pela autoridade competente será o adjudicatário convocado para a assinatura do contrato no prazo estipulado pelo edital. Pode ocorrer, contudo, nesse interregno, a recusa do primeiro classificado, ou, então, a não-manutenção das condições iniciais de habilitação quando da contratação; nesse contexto, entende-se que seria correto a contratação pelo preço do primeiro classificado.

5.4 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

A Lei do pregão prevê em seu 7º as principais irregularidades que o licitante possa cometer, *in verbis*:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o

⁷¹ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação**: pregão. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 208.

certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.⁷²

Estão assim tipificadas as principais irregularidades que podem ser cometidas pelo licitante vencedor, ensejadoras de impedimento licitatório e celebração de qualquer contrato com a Administração por prazo de até cinco anos.

Para aplicação de penalidades o licitante deve ser comunicado previamente, sendo-lhe assegurado o exercício dos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Consoante se extrai do dispositivo em comento, os efeitos da aplicação da penalidade podem perdurar até o prazo de cinco anos, ou antes, em caso de reabilitação do infrator, sendo imprescindível que a Administração especifique o prazo de duração da penalidade dentro do período máximo de cinco anos.

Sem sombra de dúvida essas penalidades constantes da Lei n. 10.520/02 foram abrandadas e melhor tipificadas, alijando a severidade e a generidade que lhes eram peculiares na Medida Provisória n. 2.026/00, a qual impunha a aplicação de penalidade caso o licitante não atendesse à exigência do edital no que tange à apresentação de documentação pertinente. Ressalte-se que toda e qualquer sanção deverá constar do instrumento convocatório, facilitando a condução do certame pelo pregoeiro, não permitindo discussão administrativa ou judicial de validade das sanções não inseridas em tal instrumento.

Finda-se o estudo da sistemática procedimental do pregão, com enfoque nas suas características inovadoras, mas ainda enseja uma análise mais detalhada de alguns aspectos controversos que permeiam tais inovações, concretizando-se no próximo capítulo.

⁷² TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 88.

6. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO PREGÃO

A responsabilidade pela condução do procedimento licitatório apresenta contornos novos com a introdução da modalidade de licitação – pregão no âmbito das licitações públicas da União e demais entes federativos, gerando controvérsias doutrinárias atinentes à designação, à duração do mandato e a responsabilidade do pregoeiro. Também em matéria de recurso administrativo há entendimento diferenciado entre os doutrinadores. Em tópicos distintos a partir de agora serão analisados tais aspectos.

6.1 A FIGURA DO PREGOEIRO

Nas modalidades tradicionais incluídas na Lei n. 8.666/93 há um grupo de funcionários públicos pertencentes ao órgão promotor da licitação que são responsáveis pelo desencadeamento da licitação na fase externa, enquanto pela sistemática da Lei n. 10.520/02, a que instituiu o pregão, há a substituição do órgão colegiado por um único funcionário, o pregoeiro, para conduzir o certame licitatório.

Alguns aspectos referentes à figura do pregoeiro merecem uma detida análise diante de entendimentos doutrinários diferenciados, sendo alguns decorrentes da omissão do texto legal, e outros, resultantes da interpretação da Lei do pregão, os quais serão examinados a seguir.

A designação do pregoeiro formalizada por ato administrativo específico gerado pela autoridade competente da Administração promotora da licitação deverá ser renovada a cada processo licitatório?

Vera Scarpinella tem o seguinte entendimento: “Segundo a Lei 10.520, a cada novo procedimento haverá a designação específica de um servidor do órgão ou entidade promotora da licitação para atuar como pregoeiro responsável pela condução das atividades”⁷³.

Opinião divergente é a de Justen Filho⁷⁴ que não vislumbra tal necessidade e propõe alternativas outras ao afirmar:

[...] Não é necessário que a designação do pregoeiro faça-se caso a caso. É perfeitamente possível adotar ato regulamentar, fixando que os pregões da entidade serão conduzidos por determinado sujeito. Nem há impedimento a que se estabeleça um elenco de diferentes pregoeiros, fixando critérios de rotatividade da sua atuação pessoal.

Joel de Menezes Niebuhr⁷⁵ compartilha idêntico entendimento esposado pelo autor recém-mencionado:

Demais disso, percebe-se que a autoridade competente pode designar um pregoeiro específico para cada licitação, bem como pode designar um pregoeiro para todas as licitações a serem promovidas pelo órgão ou entidade administrativa.

Há imposição de que o mandato do pregoeiro tenha prazo predeterminado para o desempenho de suas atribuições?

A resposta a esse questionamento não apresenta unicidade de entendimento por parte da doutrina. Opina Joel de Menezes Niebuhr⁷⁶ o que se segue:

Não há qualquer disposição que imponha mandato certo aos pregoeiros, nem que estabeleça qualquer limitação temporal ao exercício de suas atividades, ao contrário do que ocorre com a comissão permanente de licitação, cuja investidura, por força do § 4º do artigo 51 da Lei nº 8.666/93, não deve exceder um ano, vedada recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente. Portanto, os pregoeiros, uma vez designados, podem exercer suas funções por prazo indeterminado, dependendo apenas da avaliação e da vontade da autoridade competente.

⁷³ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 97.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 63.

⁷⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 70

⁷⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 70-71

Em direção oposta há a tese defendida por Vera Scarpinella⁷⁷:

Além de a Lei 10.520 tratar explicitamente do pregoeiro, ela não determina – como faz a Lei 8.666 relativamente à comissão de licitação – que haja nomeação genérica de um ou vários pregoeiros no órgão; tampouco foi-lhes atribuído mandato fixo de até um ano (na forma do art. 51 da Lei 8.666).

A concentração de responsabilidade no pregoeiro para conduzir a licitação e tomar decisões a ela atinentes consubstancia imoralidade ou arbitrariedade?

A atuação individual e a exclusividade das decisões do pregoeiro suscitam entendimento doutrinário divergente e dessa forma Roberto Ribas da Costa Berloff afirma o que se segue: “É um contrasenso imaginar que, em sessão pública, o pregoeiro atue de forma imoral e arbitral e, mesmo que isso viesse a ocorrer, há a possibilidade de recurso administrativo e de reversão de ato lesivo em sede de discussão judicial”.⁷⁸

Em sentido oposto Alice Gonzalez⁷⁹ Borges opina:

É tradição em nosso direito que as decisões administrativas mais importantes, que repercutem mais intensamente nos direitos dos administrados, sejam, sempre, confiadas a órgãos colegiados.

[...]

É muita responsabilidade cometida a um só servidor, que o deixa bastante vulnerável; e, ao mesmo tempo, uma ameaça ao princípio da moralidade nas licitações.

A primeira conclusão a que se chega com relação a todas as divergências apresentadas, embora a Lei do pregão possua um rito procedimental peculiar diferenciado dos ritos procedimentais das modalidades licitatórias elencadas na Lei n. 8.666/93, não é ilógico tampouco sem fundamento admitir a aplicação subsidiária dessa lei à Lei n. 10.520/02 ante situações omissas, desde que não contrarie a sua essência; sendo então possível que a autoridade competente designe o pregoeiro para mandato de um ano, podendo ser reconduzido ou não, ou para cada licitação específica.

⁷⁷ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 98.

⁷⁸ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 63.

⁷⁹ BORGES, Alice Gonzalez. **O pregão criado pela MP 2.026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=425>> Acesso em: 10 set. 2004, p. 4.

Outra conclusão subsequente é a de que não consubstancia imoralidade ou arbitrariedade o pregoeiro atuar individualmente e decidir sozinho, não havendo razão para concepções arraigadas ao tradicionalismo licitatório, primeiro porque o pregoeiro e a comissão de licitação ainda que responsáveis pelas licitações públicas são duas figuras que não se confundem, sendo o procedimento distinto em ambos os contextos e, segundo, não se deve olvidar que há a possibilidade da via recursal e da revisão judicial de ato lesivo ante eventual irregularidade cometida no procedimento licitatório.

6.2 RECURSO ADMINISTRATIVO

Fruto da inovação do pregão o recurso administrativo só poderá ser interposto pelo licitante inconformado ao final do procedimento, a partir do momento em que o pregoeiro declara o vencedor do certame licitatório, diferentemente da licitação tradicional em que há duas oportunidades recursais, ou seja, ao término da fase de habilitação e ao encerramento da fase de julgamento das propostas.

Essa novidade não importa prejuízo às garantias da ampla defesa e do contraditório muito menos à revisão dos atos administrativos pelo Judiciário; mas o procedimento recursal em si apresenta algumas divergências doutrinárias, sendo interessante examiná-las a partir deste instante.

Há cabimento do recurso apenas quando do proferimento da decisão de reconhecimento de licitante como vencedor?

Dispõe o inc. XVIII, do art. 4º, da Lei n. 10.520/02, *in verbis*: declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar-se imediata e motivadamente a intenção de recorrer [...]”⁸⁰, entendendo Marçal Justen Filho que o inciso foi mal redigido, resultando em

⁸⁰ TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão** – uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 87

interpretação equivocada, leciona: “[...] O recurso é cabível quando proferida a decisão que importe a extinção da competição, ainda que não haja proclamação de um vitorioso”.⁸¹

Na verdade pode muito bem acontecer que antes de o pregoeiro proclamar determinado licitante como vencedor verificar haver ocorrido vício em algum momento do certame e decidir-se pela nulidade de todo o procedimento licitatório. Então seria inadmissível a impossibilidade da via recursal, pois pode haver irresignação contra tal decisão que encerrou a fase competitiva.

A Lei do pregão dispõe ainda no inciso mencionado que o licitante deve manifestar motivadamente sua intenção de recorrer, na própria sessão do pregão, e no prazo de três dias apresentar suas razões recursais, as quais devem ou não estar vinculadas à manifestação motivada?

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que “As razões do recurso devem guardar estrita conformidade com a motivação apresentada na sessão, e ofertada no prazo de três dias”.⁸²

Igual entendimento é o de Joel de Menezes Niebuhr⁸³:

E, por dedução lógica, os licitantes não podem, posteriormente, apresentar recursos com motivos estranhos aos declarados na sessão. Se o fizerem, os recursos não devem ser conhecidos. Obviamente, o licitante não precisa tecer detalhes de seu recurso, o que será feito, posteriormente, mediante a apresentação das razões por escrito. Contudo, terá que, na mais tênue hipótese delinear seus fundamentos.

Ricardo Ribas da Costa Berloff⁸⁴ opõe-se à necessidade de vinculação entre o quê foi alegado no momento da manifestação e as razões do recurso ao afirmar:

Assim, o recorrente pode oferecer no momento da sessão determinado motivo para seu recurso e, num segundo momento, ao cabo de três dias, apresentar as razões do recurso abordando outro motivo, independente de estar acrescentando ou modificando o seu posicionamento inicial.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 129.

⁸² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 558.

⁸³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, p. 168

⁸⁴ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 112.

Nessa perspectiva de entendimento é oportuna a opinião de Carlos Pinto Coelho Motta no sentido de que não estaria inviabilizado ao licitante o acréscimo de outro motivo que não o apresentado na sessão pública assim se expressando: “O recorrente poderá, de resto, em sua manifestação da intenção de recorrer, reservar-se o direito de *opportuno tempore*, rever suas razões e apresentar adicionais”.⁸⁵

Se a Lei do pregão não menciona expressamente a vedação de outro motivo ao manifestado oralmente na sessão pública e até estabeleceu que o prazo para as contra-razões teriam início depois de findo o prazo do recorrente, óbvio que se os motivos apresentados nas razões do recurso fossem os mesmos bastaria tão-só impugná-los.

Entenda-se que não há óbice à interposição de recurso com inclusão de outras razões à razão inicial. Além do que o recurso pode acrescer um motivo que caracterize uma nulidade absoluta, a qual só pôde ser detectada no exato momento da instrução recursal, não podendo, portanto, a Administração Pública quedar-se inerte ante a ilegalidade apontada, devendo sim acolher o recurso e de imediato proceder à sua apuração e, em sendo comprovada, declarar a nulidade dos atos praticados.

O prazo para a análise do mérito recursal pela autoridade competente seria de três dias ou cinco dias?

A Lei n. 10.520/02 é silente, gerando duas orientações diferentes. Para Marçal Justen Filho “[...] poderá reputar-se que as diferentes autoridades administrativas disporão dos mesmos três dias que se reservam aos particulares”.⁸⁶

Já Vera Scarpinella⁸⁷ entende que o prazo seria de cinco dias úteis pela aplicação subsidiária do art. 109, § 4º, da Lei n. 8.666/93. Eis o teor de sua afirmação:

Assim é que, na forma do art. 109, § 4º, da Lei de Licitações, “o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de cinco dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser

⁸⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Pregão** – teoria e prática (nova e antiga idéia em licitação pública). São Paulo: NDJ, 2001, p. 678.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão** – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. São Paulo: Dialética, 2001, p. 132.

⁸⁷ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160

proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Ante expressa disposição contida na Lei n. 10.520/02, permitindo que seja aplicada subsidiariamente a Lei n. 8.666/93, não há por que estipular um outro prazo, no caso de três dias, se há um dispositivo legal pertinente e passível de aplicabilidade, prevendo o prazo de cinco dias úteis.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente estudo centrado na modalidade de licitação denominada pregão, cujo objeto é a aquisição de bens e serviços comuns, impende afirmar que tal modalidade licitatória é verdadeiramente uma inovação no campo das licitações públicas, não só pelas características de sua distinta procedimentalização, mas também por sedimentar a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, alicerçadas nos princípios jurídicos insertos na Constituição Federal e nos afetos aos procedimentos administrativos.

Essa modalidade de licitação comparada às demais modalidades licitatórias inovou principalmente no aspecto relativo à inversão de suas fases procedimentais realizadas em sessão pública, com a realização da fase de julgamento das propostas antes da fase de habilitação, sendo selecionada a proposta de menor preço após os lances verbais e intensa negociação do pregoeiro. Em seguida serão examinados os documentos habilitatórios unicamente do licitante dessa melhor proposta, o qual será declarado vencedor do certame licitatório e finalmente verificar-se-á a adjudicação seguida da homologação pela autoridade competente para a efetivação de futuro contrato administrativo.

Marcante novidade contida na Lei n. 10.520/02, a que rege o pregão, é a figura do pregoeiro que atua individualmente e decide sozinho apenas contando com a colaboração da equipe de apoio, rompendo com o paradigma tradicional das licitações em matéria de responsabilidade pela condução dos trabalhos licitatórios, confiada a um colegiado – comissão permanente de licitação.

Outra importante inovação, que se pode mencionar, refere-se à unicidade da fase recursal do pregão em que o recurso administrativo poderá ser interposto pelo licitante insatisfeito tão-somente no final da sessão pública, o qual apresentará sua motivada manifestação verbal imediatamente à declaração pelo pregoeiro do vencedor da licitação, pois se não o faz fica preclusa a apresentação de suas razões recursais por escrito. Em se acolhendo o recurso a adjudicação dar-se-á em momento posterior e não na sessão do pregão e não será o pregoeiro que adjudicará o objeto da licitação ao melhor ofertante e sim a autoridade competente, após a análise do mérito recursal, a quem incumbe sempre a homologação. O pregão pode ser adotado qualquer que seja o valor da contratação para aquisição de bens e serviços comuns a serem licitados diferente do que sucede nas modalidades licitatórias da Lei n. 8.666/93, cujo valor da contratação é que determina, via de regra, a escolha da modalidade de licitação apropriada.

O caráter inovador do pregão, aliado a omissões da lei que o instituiu, motivou o surgimento de orientações doutrinárias controvertidas para solucionar a ausência de expressa disposição na lei pertinente referente aos aspectos omissos; em especial, no que tange à designação, à duração e à responsabilidade do pregoeiro, bem como à sistemática da fase recursal.

O pregoeiro pode ser designado pela autoridade competente para mandato de um ano, sendo possível a sua recondução, ou, para cada novo processo licitatório, não havendo imoralidade ou arbitrariedade concernente à atuação individual e à exclusividade na tomada de decisões, não implicando danos a quem quer que seja, haja vista a previsão legal do recurso administrativo e a revisibilidade judicial de ato lesivo.

O recurso administrativo é cabível não só quando haja sido proclamado o licitante como vencedor (pela má redação da lei nesse aspecto), mas também no caso em que se der a extinção da competição entre os licitantes sem que haja ocorrido a mencionada proclamação. Ainda, na apresentação das razões recursais por escrito pelo licitante, este não precisa restringir-se ao motivo manifestado oralmente na sessão pública do pregão, podendo acrescer outro motivo, principalmente se se refere a alguma nulidade absoluta. E, por último, o prazo para a autoridade competente decidir-se acerca do recurso será de cinco dias úteis, aplicando-se subsidiariamente a Lei n. 8.666/93.

Apesar de a Lei do pregão omitir certos detalhamentos procedimentais, a sua sistemática procedimental é marcada pela simplicidade, refutando formalismos extremados, atendendo aos reclamos da Administração Pública, dos licitantes e da sociedade por processos licitatórios mais transparentes e céleres que ampliem a oportunidade de participação dos interessados e a redução dos gastos governamentais, mitigando conluios funestos e acertos prévios que ofuscam o brilho de uma eficiente e eficaz licitação pública.

REFERÊNCIAS

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **A nova modalidade de licitação: pregão**. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão passo a passo: uma nova modalidade de licitação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2000.

_____. **A nova legislação da licitação na modalidade pregão**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001.

_____. **Comentários ao Decreto n. 3.555/2000 e ao regulamento do pregão**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. **O pregão criado pela MP 2.026/00: breves reflexões e aspectos polêmicos**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=425>> Acesso em: 10 set. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos licitantes**. São Paulo: Malheiros, 1998.

JUNKES, Maria Bernadete, SANTOS Maria Lindomar dos. **Trabalhos Acadêmicos: A facilidade em desenvolvê-los**. Rolim de Moura: D`press Editora & Gráfica Ltda –ME, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão – comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2001.

- _____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- MEDAUAR, Odete. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: NDJ, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Alexandre de (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Pregão – teoria e prática** (nova e antiga idéia em licitação pública). São Paulo: NDJ, 2001.
- _____. **Eficácia nas licitações & contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 1. ed. Curitiba: Zênite, 2004.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PALMIERI, Marcello Rodrigues. **O pregão: aspectos práticos**. São Paulo: Nimeo, 2000.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, Nivaldo dos. **Monografia jurídica**. Goiânia: AB, 2000.
- SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Pregão – uma nova modalidade de licitação**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.